



Asamblea General

Distr. limitada
7 de febrero 2023
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
62º período de sesiones
Nueva York, 17 a 20 de abril de 2023

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Proyecto de disposiciones legislativas con su correspondiente comentario	2
A. Finalidad y objetivos	2
B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas	5
C. Definiciones	9
D. Primacía de las obligaciones internacionales	11
E. Excepción de orden público	11
F. Interpretación	12
G. Ley aplicable por defecto en procedimientos de insolvencia: <i>lex fori concursus</i>	13
H. Excepciones a la <i>lex fori concursus</i>	28



I. Introducción

1. En el programa provisional del 62º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.185) se proporciona información sobre los antecedentes del proyecto relativo a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia, remitido al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 54º período de sesiones, celebrado en 2021¹. En su 61º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que revisara el proyecto de disposiciones legislativas y el proyecto de comentario y los consolidara en un único documento que se sometería a consideración del Grupo de Trabajo en su siguiente período de sesiones. El entendimiento fue que, por el momento, la elaboración de una ley modelo seguiría siendo una hipótesis de trabajo². El Grupo de Trabajo aún debe convenir en la forma definitiva que revestirá el instrumento y la relación que habrá entre el texto y los textos existentes de la CNUDMI en materia de régimen de la insolvencia.

2. En el capítulo II de la presente nota figura la versión revisada del proyecto de disposiciones legislativas y su comentario elaborada por la secretaría. Las notas a pie de página en negrita que acompañan a las disposiciones legislativas y el comentario indican la fuente de las revisiones. Otras notas a pie de página que acompañan al texto tienen voluntad de permanencia en el texto definitivo según corresponda en función de la forma definitiva que revista. Antes de cada texto se exponen las cuestiones que se someten a la consideración del Grupo de Trabajo. Con carácter provisional, la secretaría mantiene las referencias a las disposiciones legislativas en el entendimiento de que se sustituirán a su debido momento por las referencias que sean apropiadas para la forma del instrumento que se convenga.

II. Proyecto de disposiciones legislativas con su correspondiente comentario

A. Finalidad y objetivos

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el proyecto de disposiciones legislativas y su comentario en su versión revisada para reflejar las deliberaciones sostenidas en el 61º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En particular, se amplió el comentario con la explicación de la expresión “se busquen foros de conveniencia de forma indebida” incluida en una de las disposiciones legislativas. Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, las palabras “de forma abusiva” aparecen entre corchetes en la disposición legislativa para que el Grupo de Trabajo las siga estudiando³. Además, al final del comentario se agregó un párrafo en que se explica el ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas. Refleja el acuerdo alcanzado al respecto por el Grupo de Trabajo en su 61º período de sesiones (véase la disposición legislativa sobre el ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas en la sección B *infra*). En vista de ese acuerdo, se introdujeron cambios a lo largo del texto para transmitir mejor el ámbito de aplicación limitado del proyecto.

1. Disposición legislativa propuesta

Preámbulo

La finalidad de estas disposiciones legislativas es establecer normas claras para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos (la “ley que rige el procedimiento y sus efectos”), incluso en los procedimientos paralelos que se tramiten con respecto a un solo deudor o a las empresas de un grupo, a fin de lograr los objetivos fundamentales de

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17), párrs. 215 a 217.

² A/CN.9/1126, párr. 80.

³ *Ibid.*, párr. 58.

un procedimiento de insolvencia eficaz y eficiente⁴, como la seguridad jurídica y la previsibilidad⁵, y reducir el riesgo de que se busquen foros de conveniencia [de manera abusiva] y se cometan otros actos en perjuicio de los acreedores y otras partes interesadas⁶.

2. Comentario propuesto

1. Las disposiciones legislativas establecen normas para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos (la “ley que rige el procedimiento y sus efectos”). Pretenden aportar claridad al respecto especialmente en los procedimientos de insolvencia en que haya bienes o partes ubicadas en diferentes jurisdicciones.

2. Conviene que haya claridad respecto de esas cuestiones por los motivos siguientes. Los criterios para determinar la ley que rige los aspectos procesales del procedimiento de insolvencia, como la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia, no difieren mucho de una jurisdicción a otra: la ley del lugar en que se abre el procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus*) rige esas cuestiones. Sin embargo, se aplican criterios diferentes para determinar la ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia en determinados tipos de bienes, derechos y créditos (p. ej., los derechos reales y los derechos de compensación). En algunas jurisdicciones se contemplan excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* en esos casos, mientras que en otras la ley puede guardar silencio sobre esas cuestiones o regularlas únicamente en parte. La diversidad en el número y el alcance de esas excepciones, o la ausencia de normas sobre esas cuestiones (ante la cual los tribunales han de determinar en cada caso la ley que rige el procedimiento y sus efectos), crea incertidumbre e imprevisibilidad.

3. Se hace más complicado determinar la ley que rige el procedimiento y sus efectos cuando se tramitan en paralelo varios procedimientos respecto del mismo deudor o de empresas de un grupo, cada uno de ellos sujeto a sus propias normas para determinar esa ley. Los procedimientos paralelos puede consistir en una combinación cualquiera de un procedimiento extranjero principal (uno de los cuales puede convertirse en el procedimiento de planificación con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas⁷ (LMIGE)), un procedimiento extranjero no principal y un procedimiento de insolvencia que no es ni extranjero principal ni extranjero no principal abierto en el lugar de ubicación de los bienes del deudor (véase el art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza⁸ (LMIT)). Algunos de esos procedimientos pueden ser objeto de un procedimiento de reconocimiento en otros Estados que pueden o no abrir procedimientos auxiliares locales de insolvencia. El Estado que otorga el reconocimiento puede aplicar su propia ley a cuestiones tales como el alcance de las medidas automáticas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal (art. 20, párr. 2, de la LMIT), las medidas discrecionales (arts. 19, párr. 1 c), y 21, párr. 1 g), de la LMIT), la asistencia adicional (art. 7 de la LMIT) y la asignación de bienes entre diferentes tipos de procedimientos (arts. 21, párr. 3; 23, párr. 2; 28, y 29 c) de la LMIT). El Estado que otorga el reconocimiento puede reconocer o no los efectos de la *lex fori concursus* extranjera (de

⁴ El Grupo de Trabajo convino en sustituir “régimen de la insolvencia” por “procedimiento de insolvencia”. *Ibid.*, párr. 57 b).

⁵ El Grupo de Trabajo convino en agregar referencias a la seguridad jurídica y la previsibilidad. *Ibid.*, párr. 57 a).

⁶ El Grupo de Trabajo solicitó que se incluyeran las palabras “de forma abusiva” entre corchetes en esta disposición legislativa para su examen ulterior. *Ibid.*, párr. 58.

⁷ Publicación de las Naciones Unidas (2020). Puede consultarse en “Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019)” | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁸ Publicación de las Naciones Unidas (2014). Puede consultarse en “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)” | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

los procedimientos principal, no principal o de otra índole). En esos casos, cuando se abren procedimientos simultáneos o paralelos, surge la necesidad de aclarar la ley que rige el procedimiento y sus efectos o coordinar la aplicación de distintas leyes de esa índole.

4. Los textos anteriores de la CNUDMI en materia de insolvencia no abordan esas cuestiones y únicamente facilitan en cierta medida el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los efectos de la *lex fori concursus* del procedimiento extranjero principal.

5. La finalidad principal de las disposiciones legislativas es colmar esas lagunas ofreciendo normas sencillas y claras para regular la ley que rige el procedimiento y sus efectos que los Estados puedan incorporar a su derecho interno. Para ello, las disposiciones legislativas hacen lo siguiente: a) establecen una norma general según la cual la ley del Estado de apertura de un procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus*) rige todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de dicho procedimiento y sus efectos sobre las personas, los derechos, los créditos y los procedimientos; b) explican el significado y el alcance de dicha ley; c) prevén unas pocas excepciones a esa norma; d) delimitan el alcance de cada excepción y especifican cuándo es aplicable cada una de ellas, [y e) establecen las normas para determinar la ley que rige el procedimiento y sus efectos, o para coordinar la aplicación de varias leyes de esa índole, en los procedimientos paralelos que se inicien respecto de un solo deudor o de empresas de un grupo].

6. Se espera que la adhesión al marco sugerido en las disposiciones legislativas ayude a reducir divergencias y colmar las lagunas dejadas por la existencia de normas fragmentadas o incompletas sobre las cuestiones reguladas en las disposiciones legislativas. Se espera que esto, a su vez logre lo siguiente: a) aumente la certeza y la previsibilidad de los resultados de los procedimientos de insolvencia en lo que respecta a los derechos y créditos de las partes afectadas por esos procedimientos; b) aumente la eficiencia y la eficacia de los procedimientos de insolvencia mediante la reducción de las complejidades y los costos; c) mejore la coordinación de los procedimientos de insolvencia con los aspectos transfronterizos, y d) fomente el comercio y la inversión.

7. Además, al adherirse a las disposiciones legislativas, los Estados pueden reducir el riesgo de que se busquen foros de conveniencia [de manera abusiva]⁹ y se cometan otros actos en perjuicio de los acreedores y otras partes interesadas. Los tribunales determinarían en cada caso cuándo se considera que se hace “de manera abusiva”. En general, muchas jurisdicciones consideran aceptables que se determine la jurisdicción óptima para una determinada operación o para determinadas acciones, incluida la reestructuración o la reorganización, y se adopten medidas para que se aplique la ley de esa jurisdicción. Sin embargo, se suele considerar abusiva la elección que se hace a efectos de obtener una posición jurídica más favorable en detrimento del conjunto general de los acreedores o con otras finalidades impropias. A título de ejemplo se puede citar el hecho de aprovecharse de leyes favorables que permiten proteger bienes frente a los efectos del régimen de la insolvencia al cual una o ambas partes están sujetas con efecto inmediato o lo estarán posiblemente en el futuro o el hecho de eludir las obligaciones o las deudas por otras vías, entre ellas frustrando la ejecución de una sentencia.

8. Las disposiciones legislativas tienen por objeto lograr un equilibrio adecuado entre ciertas consideraciones contrapuestas que pueden entrar en juego en los procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, la consideración de la eficiencia puede favorecer que el tribunal del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia aplique la *lex fori concursus* a todas las cuestiones dimanantes del procedimiento de insolvencia porque es el que está en mejores condiciones de articular y aplicar su propia ley; en los casos en que el tribunal aplique una ley extranjera, puede

⁹ El Grupo de Trabajo solicitó que se incluyeran las palabras “de forma abusiva” entre corchetes en la disposición legislativa y se explicara el significado que se les pretendía otorgar en el comentario, lo que permitiría al Grupo de Trabajo decidir en su próximo período de sesiones si debían mantenerse (A/CN.9/1126, párr. 58).

tener que informarse del contenido y la interpretación de esa otra ley y enfrentarse a categorías jurídicas extranjeras desconocidas para su ordenamiento jurídico¹⁰. Otras consideraciones, por ejemplo con respecto a los contratos de trabajo y las relaciones laborales, pueden pesar más que la consideración de la eficiencia y exigir que se aplique la ley extranjera.

9. El ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas se limita a las cuestiones relativas a la ley que rige el procedimiento y sus efectos y no se hace extensivo a las normas para determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos o créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. Esa ley sigue viniendo determinada por las normas de derecho internacional privado (normas sobre conflicto de leyes) del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia o del otro Estado del foro en que se pueda incoar un proceso relativo a la insolvencia (p. ej., las acciones para obtener un pronunciamiento sobre créditos o acciones de anulación)¹¹. El procedimiento de insolvencia no desplaza esas normas, pero puede tener efectos en los derechos válidos y eficaces anteriores a la apertura del procedimiento, por ejemplo al suspender o poner fin a los siguientes derechos: el derecho a iniciar un proceso arbitral de conformidad con un acuerdo de arbitraje celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, el derecho de un acreedor a compensar sus créditos contra el deudor, los derechos dimanantes de las operaciones anuladas en el procedimiento de insolvencia y los derechos de ejecución.

B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la disposición legislativa y el correspondiente comentario en su versión revisada para reflejar las deliberaciones sostenidas en el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo¹². En particular, podría estudiar si se debe mantener el texto que figura entre corchetes en el párrafo 2.

1. Disposición legislativa propuesta

Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones legislativas establecen normas para determinar la ley que rige el procedimiento y sus efectos.

2. Las disposiciones legislativas no establecen normas para determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. [La ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá ser establecida por *[señálense las normas de derecho internacional privado del Estado promulgante]*. Salvo que se indique otra cosa en las presentes disposiciones legislativas, el procedimiento de insolvencia no desplazará esas normas¹³.]

3. Las disposiciones legislativas no serán aplicables a un procedimiento relativo a *[indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la aplicación de las disposiciones legislativas]*¹⁴.

¹⁰ Reformulado en atención a las observaciones formuladas en el seno del Grupo de Trabajo (*ibid.*, párr. 59).

¹¹ *Ibid.*, párr. 60.

¹² *Ibid.*, párrs. 60 a 62.

¹³ Reformulado en atención a las opiniones expresadas en el seno del Grupo de Trabajo (*ibid.*, párr. 60).

¹⁴ Añadido en atención a las opiniones expresadas en el seno del Grupo de Trabajo (*ibid.*, párr. 61).

2. Comentario propuesto

Cuestiones generales

1. El ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas está vinculado a los conceptos de “procedimiento de insolvencia”¹⁵ y “apertura de un procedimiento de insolvencia”¹⁶. En los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia se establece una lista acumulativa de requisitos que tiene que reunir un procedimiento para ser considerado un “procedimiento de insolvencia”: a) debe ser un procedimiento colectivo (judicial o administrativo)¹⁷; b) debe ser tramitado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia (que puede ser, entre otras, una ley sobre sociedades)¹⁸; c) debe estar bajo control o supervisión judicial (incluido el caso del deudor en posesión)¹⁹; d) debe referirse a un deudor (persona física o jurídica) que se encuentre en graves dificultades financieras o sea insolvente²⁰ y e) debe tener como fin liquidar o reorganizar a ese deudor como entidad comercial²¹.

2. Según los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, los “procedimientos de insolvencia” abarcan lo siguiente: a) la “liquidación”, definida como el procedimiento seguido para la venta o enajenación de los bienes con miras a la distribución del producto que se obtenga entre los acreedores de conformidad con el régimen de la insolvencia²²; b) la “reorganización”, que se define como el proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de esta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha²³; c) el “procedimiento de reorganización agilizado”, en el que se combinan las negociaciones voluntarias de reestructuración y la aceptación de un plan con un procedimiento agilizado regulado por el régimen de la insolvencia con miras a la confirmación judicial de dicho plan²⁴; d) el procedimiento de insolvencia simplificado²⁵, y e) los procedimientos provisionales,

¹⁵ Glosario de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (en adelante, la “*Guía*” o “*Guía legislativa*” y el “glosario”), términos s) y u), que deben leerse juntos y también con la explicación que figura en la primera parte, párr. 2; la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia* (LMSI) (GE), párrs. 22, 48 y 49, y la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la LMIT* (GEI), párrs. 48 a 51 y 65 a 80.

¹⁶ Recomendaciones 14 a 29 de la *Guía*. “Apertura del procedimiento [de insolvencia]”: fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia, ya sea conforme a la ley o a una resolución judicial (glosario, término h)).

¹⁷ GEI, párrs. 69 a 72.

¹⁸ GEI, párr. 73.

¹⁹ Recomendación 112 de la *Guía* y GEI, párrs. 71, 74 a 76 y 86.

²⁰ GEI, párrs. 1, 48, 49, 65 y 67, que remiten a las recomendaciones 15 y 16 de la *Guía*, en las que se establecen las normas para la apertura de un procedimiento de insolvencia. Cuando el deudor solicita la apertura del procedimiento de insolvencia, rigen los siguientes criterios: el deudor no está o no va a estar, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o su pasivo supera el valor de su activo (en la *Guía* se recomienda que, en los procedimientos de insolvencia simplificados, se permita a los deudores que cumplan las condiciones de admisibilidad solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia simplificado cuando empiecen a tener dificultades financieras, sin necesidad de demostrar su insolvencia (recomendación 294)). Cuando el acreedor o los acreedores solicitan la apertura de un procedimiento de insolvencia, rigen los siguientes criterios: el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o el pasivo del deudor supera el valor de su activo.

²¹ GEI, párrs. 77 y 78.

²² Glosario, término w).

²³ Glosario, término kk).

²⁴ Véanse el texto sobre la finalidad de las disposiciones legislativas que precede a la recomendación 160 de la *Guía* y la GEI, párr. 75.

²⁵ *Guía legislativa*, quinta parte.

de reestructuración o de cualquier otro tipo que, según determine el órgano judicial en cada caso, reúnan los requisitos de la lista acumulativa indicados más arriba²⁶.

3. Cualquier otro procedimiento que no reúna los requisitos mencionados anteriormente quedará fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas. Por ejemplo, quedarán excluidos los procedimientos de cobro de deudas o las administraciones judiciales iniciadas por un acreedor o grupo de acreedores en particular, o la acumulación de bienes en un procedimiento de liquidación o de rehabilitación que no prevea también disposiciones para atender los créditos de otros acreedores²⁷. También se excluyen los procedimientos judiciales o administrativos iniciados respecto de una entidad solvente que no pretenda reestructurar sus asuntos financieros, sino disolverse como entidad jurídica²⁸. Las medidas acordadas o los acuerdos celebrados con fines de ajuste financiero entre el deudor y algunos de sus acreedores sobre una base puramente contractual en relación con alguna deuda, cuando las negociaciones no den lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia tramitado de conformidad con el régimen de la insolvencia, también estarán fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas²⁹. Además, también quedan excluidos los procedimientos que tengan como único objetivo evitar la disipación y el desperdicio de los bienes, en lugar de liquidar o reorganizar la masa de la insolvencia, así como los procedimientos destinados a evitar perjuicios a los inversionistas y no a todos los acreedores³⁰.

Párrafo 1

4. Las disposiciones legislativas se centran en las normas para determinar la ley que rige el procedimiento y sus efectos. Esa ley rige las siguientes cuestiones: a) los aspectos de competencia, admisibilidad y procesales de los procedimientos de insolvencia, como la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia; b) los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento (es decir, qué tratamiento se dispensa a cada derecho y crédito en el procedimiento de insolvencia), y c) los derechos, créditos, acciones y controversias posteriores a la apertura del procedimiento.

5. Son ejemplos de las cuestiones mencionadas en el apartado a) las siguientes: los criterios de apertura del procedimiento; las notificaciones de apertura del procedimiento de insolvencia; la denegación de la solicitud o la desestimación del procedimiento; los tipos de procedimiento; las etapas del procedimiento; la conversión del procedimiento; los requisitos y mecanismos de supervisión y aprobación, y los procedimientos de presentación, verificación y admisión de los créditos.

6. Son ejemplos de las cuestiones mencionadas en el apartado b) las siguientes: la situación de cada crédito respecto de los demás (es decir, la clasificación y el orden de prelación de los créditos), la anulación y las restricciones y modificaciones a las que pueden estar sujetos los derechos y créditos anteriores a la apertura para cumplir los objetivos colectivos del procedimiento de insolvencia (p. ej., una paralización de procedimiento³¹ o la subordinación). Quedan comprendidos los efectos del procedimiento de insolvencia en la validez y eficacia del derecho a iniciar un proceso arbitral con arreglo a los acuerdos de arbitraje celebrados, válidos y eficaces antes de la apertura del

²⁶ En lo que respecta a los procedimientos provisionales, véase la GEI, párrs. 79 y 80. En cuanto a los procedimientos de reestructuración, véase el *Compendio de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza*, párr. 11, en relación con el art. 2.

²⁷ GEI, párr. 69.

²⁸ GEI, párr. 22, y GEI, párrs. 48 y 73.

²⁹ GEI, párr. 78.

³⁰ GEI, párr. 77.

³¹ “Paralización del procedimiento”: medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella (glosario, término rr).

procedimiento de insolvencia y en la ejecución de derechos y créditos válidos y eficaces dimanantes de los laudos arbitrales dictados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

7. Son ejemplos de las cuestiones mencionadas en el apartado c) las siguientes: los derechos y créditos dimanantes del uso y disposición de bienes de la masa de la insolvencia y de la financiación posterior a la apertura del procedimiento; las facultades, las obligaciones, las funciones y la responsabilidad del representante de la insolvencia y los recursos contra las acciones del representante de la insolvencia; la determinación y autorización de los gastos administrativos; las impugnaciones del plan de reorganización, y la exoneración del pago de la deuda.

Párrafo 2

8. Como se afirma en el párrafo 2 de la disposición legislativa, las disposiciones legislativas no establecen normas para determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. A fin de determinar esa ley, el tribunal que controla o supervisa el procedimiento de insolvencia u otro tribunal que resuelva un asunto relacionado con la insolvencia (p. ej., en virtud de una cláusula sobre competencia de un contrato celebrado con el deudor) aplicará las normas de derecho internacional privado de su Estado, incluidos los tratados internacionales u otros acuerdos en vigor para ese Estado. Este planteamiento está reflejado en la recomendación 30 de la *Guía*³². Por ejemplo, la ley que rige el contrato es la que determina, por regla general, si existe un crédito contractual contra el deudor insolvente y el importe de dicho crédito, y la ley del Estado en que se ubica el bien (*lex rei sitae*)³³ es la que determina si se ha constituido una garantía real sobre bienes inmuebles a favor de un acreedor en particular. Las presentes disposiciones legislativas no desplazan esas normas de derecho internacional privado y la ley aplicable que resulte de la aplicación de esas normas.

9. Sin embargo, como se señala en el comentario del párrafo 1 de la disposición legislativa, el procedimiento de insolvencia tiene efectos en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento y esos efectos se rigen por la ley que rige el procedimiento y sus efectos, no por las normas de derecho internacional privado³⁴.

10. Por tanto, las disposiciones legislativas no establecen normas para localizar bienes. Esas normas forman parte de las normas de derecho internacional privado y son, por ende, pertinentes para determinar la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia³⁵. Les son aplicables otros instrumentos internacionales³⁶.

11. Del mismo modo, las disposiciones legislativas no establecen normas sobre competencia³⁷. Si bien resultan pertinentes para la ley que rige el procedimiento y sus efectos, en particular para el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los efectos del procedimiento de insolvencia, las normas sobre competencia son objeto de análisis en otros textos, incluidos los textos de la CNUDMI en materia de insolvencia³⁸. Por ejemplo, en la *Guía* se recomienda que el régimen de la insolvencia especifique qué deudores tienen una vinculación suficiente con el Estado para estar sujetos a sus

³² Puede consultarse en “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia” | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

³³ Glosario, término y).

³⁴ Véanse ejemplos de instrumentos de la CNUDMI y otros instrumentos internacionales que reconocen los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento en las recomendaciones 3 y 88 de la *Guía*, la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* y el comentario del art. 94 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, así como el art. 14, párr. 2, del Convenio del UNIDROIT sobre las Normas de Derecho Material aplicables a los Valores Intermediados.

³⁵ [A/CN.9/1126, párrs. 40 y 62.](#)

³⁶ P. ej., los arts. 90 y 91 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias.

³⁷ [A/CN.9/1126, párr. 62.](#)

³⁸ P. ej., el art. 14 g) de la LMSI y los párrs. 110 a 115 de la GE.

disposiciones y los criterios para determinar si un deudor puede estar sujeto al régimen de la insolvencia, a fin de incluir que el deudor ha de tener o bien el centro de sus principales intereses (CPI) o un establecimiento en el Estado³⁹.

12. Asimismo, las disposiciones legislativas tampoco establecen normas para distribuir bienes entre posibles procedimientos paralelos. Puede haber otros instrumentos internacionales que regulen esos aspectos⁴⁰.

*Párrafo 3*⁴¹

13. Las disposiciones legislativas fueron formuladas a fin de que se aplicaran a todo procedimiento de insolvencia, si bien el párrafo 3 contempla la posibilidad de que el Estado promulgante desee excluir algunos asuntos de su ámbito de aplicación. Al igual que el artículo 1, párrafo 2, de la LMIT y la LMIGE, el párrafo 3 hace referencia a procedimientos relativos a sociedades bancarias, de seguros y otras entidades similares a título de ejemplos de procedimientos que el Estado promulgante tal vez desee excluir del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas.

14. Al promulgar el párrafo 3, un Estado tal vez desee asegurarse de que no limite por inadvertencia y con efectos indeseados la aplicación de las normas contenidas en las disposiciones legislativas. El Estado promulgante tal vez desee mantener la posibilidad de que se apliquen las mismas normas en todos los procedimientos de insolvencia con independencia de los sectores en que dichos procedimientos tengan lugar y de las entidades respecto de las cuales se abran. En los casos en que el Estado promulgante desee indicar posibles excepciones a la aplicación de las disposiciones legislativas, conviene que mencione expresamente en el párrafo 3 las exclusiones respecto del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas, con miras a dotar al régimen nacional de la insolvencia de mayor transparencia.

C. Definiciones

5. La disposición legislativa y el correspondiente comentario reproducen el texto que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en su 61^{er} período de sesiones, con modificaciones menores introducidas en el comentario a fin de reflejar las opiniones expresadas en ese período de sesiones⁴². La secretaría consideró que sería prematuro proponer la inclusión de otros términos en la sección de definiciones del proyecto de texto, en vista de las cuestiones pendientes de resolver en relación con esos términos, por ejemplo, las siguientes:

a) la *lex arbitri*⁴³, por cuanto es pertinente para el examen en el Grupo de Trabajo de la ley que rige los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre el tratamiento de los procesos arbitrales en curso o pendientes (véase la sección H.3 *infra*, que también trata de cuestiones conexas de los procesos judiciales que aún no han sido examinadas por el Grupo de Trabajo);

b) la *lex rei sitae*, por cuanto es pertinente para el examen en el Grupo de Trabajo de la ley que rige los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia

³⁹ Véanse la recomendación 10 y el correspondiente comentario. En una nota a pie de página de esa recomendación se señala que otros ordenamientos jurídicos tienen en cuenta, entre otros criterios, la presencia de bienes.

⁴⁰ Véase, p. ej., el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (“texto refundido del REI”), art. 15.

⁴¹ A/CN.9/1126, párr. 61.

⁴² *Ibid.*, párrs. 63 a 65.

⁴³ *Ibid.*, párr. 42. La *lex arbitri* rige en gran medida cuestiones procesales como los trámites que ha de seguir el tribunal arbitral para que su laudo sea válido y ejecutable (p. ej., notificar el arbitraje a las partes) y la relación entre un tribunal arbitral y los órganos judiciales en la jurisdicción en que tenga su sede el tribunal arbitral. La *lex arbitri* no es una ley sustantiva aplicada por el tribunal arbitral para dirimir la controversia que se le ha sometido.

sobre los derechos reales, aplazado desde períodos de sesiones anteriores (véase el aspecto j) de la lista de la *lex fori concursus*), y

c) la *lex societatis*⁴⁴, por cuanto es pertinente para el examen en el Grupo de Trabajo de la ley aplicable a las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia. Si bien se convino en que en la próxima versión de las disposiciones legislativas se incluiría dentro del alcance de la *lex fori concursus* únicamente aquellas acciones judiciales contra los directores que estuvieran estrechamente vinculadas con el procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de la forma de lograr ese resultado (véase más adelante el comentario del aspecto t) en la lista de la *lex fori concursus*).

1. Disposición legislativa propuesta

Definiciones

A los efectos de las presentes disposiciones legislativas:

a) Se entenderá por “*lex fori concursus*” la ley del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia⁴⁵.

2. Comentario propuesto

1. A los efectos de las disposiciones legislativas, la “*lex fori concursus*” se interpretará en sentido amplio, de modo que abarque el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia, así como otras normas jurídicas de ese Estado relativas a la insolvencia distintas del régimen de la insolvencia⁴⁶. La relación suficiente con la insolvencia se determinará caso por caso, aunque son ejemplos habituales de leyes distintas del régimen de la insolvencia que tienen suficiente relación con la insolvencia, entre otras, las siguientes: a) las que regulan las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto del procedimiento de insolvencia⁴⁷; b) las que regulan los procedimientos de reestructuración de la deuda en procedimientos previos a la insolvencia;⁴⁸ c) el régimen legal de las garantías mobiliarias, que, entre otras cuestiones relacionadas con la insolvencia, puede regular el tratamiento de la financiación otorgada antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia en la insolvencia posterior; d) el derecho de familia, que puede regular el tratamiento de los bienes en copropiedad en los procedimientos de insolvencia de los empresarios individuales; e) las normas del derecho laboral que regulan los derechos de los trabajadores, el tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales y la gestión de los despidos en caso de insolvencia; f) las normas del derecho tributario y de la seguridad social que regulan el tratamiento y el orden de prelación de las deudas públicas, y g) la legislación en materia de inversiones extranjeras, que puede imponer restricciones a la propiedad extranjera de determinados bienes o a la actividad de inversionistas extranjeros en determinados sectores de la economía (que sería pertinente, por ejemplo, en los casos de capitalización de la deuda o de venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha).

⁴⁴ No hay una definición uniforme de este término; el término puede hacer referencia a la ley del Estado que rige las relaciones de derecho societario del deudor o sus asuntos internos. Véase la nota a pie de página 107 de este documento.

⁴⁵ En el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, la opinión predominante fue que se debía mantener sin cambios la disposición legislativa (A/CN.9/1126, párr. 63).

⁴⁶ En el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, la opinión predominante fue que se debía sustituir la expresión “que no sean de insolvencia pero que tengan suficiente relación con ella” por la expresión “relativas a la insolvencia distintas del régimen de la insolvencia” (*ibid.*).

⁴⁷ En el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, la opinión predominante fue que se debía reformular el aspecto a) para que hiciera referencia a las obligaciones y responsabilidades de los directores en el contexto del procedimiento de insolvencia (*ibid.*, párr. 64 a)).

⁴⁸ En el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, la opinión predominante fue que se debía reformular el aspecto b) para que hiciera referencia a los procedimientos de reestructuración de la deuda en los procedimientos previos a la insolvencia (*ibid.*, párr. 64 b)).

2. Cuando la *lex fori concursus* remite a la ley de otro Estado, esa remisión deberá interpretarse únicamente como una remisión al derecho sustantivo interno de ese Estado, excluidas sus normas de derecho internacional privado, es decir, se excluye el reenvío. Ello está en consonancia con los enfoques adoptados en otros textos internacionales⁴⁹. El objetivo de ese enfoque es promover la certeza en cuanto a la ley aplicable. Además, la remisión a la ley de un Estado extranjero no abarca el derecho público de ese Estado, es decir, las normas relativas al ejercicio de las potestades soberanas de un Estado extranjero. No obstante, la *lex fori concursus* puede prever el tratamiento y el orden de prelación de los créditos públicos extranjeros (p. ej., las deudas tributarias y de seguridad social)⁵⁰. La remisión a la ley de un Estado extranjero tampoco abarca el derecho procesal, ya que los órganos judiciales aplican su propio derecho procesal y no aplican ninguna norma extranjera que consideren procesal. Como se señala en las presentes disposiciones legislativas en los contextos pertinentes, algunas cuestiones (p. ej., la compensación o la prescripción) pueden calificarse de sustantivas o procesales, según el ordenamiento jurídico. Las disposiciones legislativas indican la ley que regirá esas cuestiones en los procedimientos de insolvencia.

D. Primacía de las obligaciones internacionales

6. En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que sería necesario incluir una disposición sobre la primacía de las obligaciones internacionales a menos que el texto definitivo adoptara la forma de suplemento de las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia en las que ya figuraba una disposición de esa índole⁵¹. A la luz de esa cuestión pendiente, la secretaría consideró que sería prematuro redactar una disposición y su correspondiente comentario al respecto. Si se plantea la necesidad de incluir esa disposición, tanto esta como su correspondiente comentario pueden basarse en el artículo 3 de la LMIT, la LMSI⁵² y la LMIGE y su correspondiente comentario. Como se ha sugerido en el Grupo de Trabajo, el comentario de esa disposición podría ampliarse con referencias a los tratados y otros acuerdos internacionales que regulen conflictos de leyes en procedimientos de insolvencia, como el Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Ciudad del Cabo, 2001) (el “Protocolo Aeronáutico”)⁵³ y el texto refundido del REI⁵⁴.

E. Excepción de orden público

7. La disposición legislativa y el correspondiente comentario se mantienen fundamentalmente inalterados con respecto al 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo no analizó el resultado que podía esperarse del desplazamiento de una ley extranjera: si la *lex fori concursus* se aplicaría en todos los casos, o si el tribunal tendría la facultad discrecional de elegir la ley de una jurisdicción que tuviera un interés sustancial muy superior al de la

⁴⁹ Véanse, p. ej., las remisiones a la “ley interna” en los artículos 5, 6 y 11 del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

⁵⁰ Véanse, p. ej., el art. 13, párr. 2, de la LMIT y su nota b) de pie de página, y la GEI, párrs. 119 y 120.

⁵¹ A/CN.9/1126, párr. 54.

⁵² Publicación de las Naciones Unidas (2019). Puede consultarse en “Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia con la Guía para su incorporación al derecho interno (2018)” | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁵³ Puede consultarse en: www.unidroit.org/instruments/security-interests/.

⁵⁴ Vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea (UE). Su ámbito de aplicación se circunscribe a los procedimientos de insolvencia respecto de deudores cuyo CPI esté situado en la UE (véase el considerando 25). El texto refundido del REI sustituyó al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, que a su vez se basaba en el Convenio relativo a los Procedimientos de Insolvencia (hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995), que no entró en vigor. Los arts. 7 a 18 del texto refundido del REI contienen normas sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia.

jurisdicción elegida o al de la *lex fori concursus*. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizarlo en su 62º período de sesiones.

1. Disposición legislativa propuesta

Excepción de orden público

La aplicación de la ley que se determine conforme a las presentes disposiciones legislativas solo podrá rechazarse en la medida en que los efectos de su aplicación sean manifiestamente⁵⁵ contrarios al orden público de este Estado.

2. Comentario propuesto

1. En las disposiciones legislativas se prevé una excepción de orden público que tiene por objeto permitir a los órganos judiciales del Estado promulgante no aplicar una ley extranjera si la aplicación de esa ley fuera manifiestamente contraria al orden público de ese Estado.

2. Como el concepto de orden público se basa en el derecho interno y puede diferir de un Estado a otro, no se ha tratado de dar una definición uniforme de ese concepto. Sin embargo, dado que las disposiciones legislativas tratan de asuntos de cooperación internacional, el orden público debería entenderse en un sentido más restrictivo que el orden público nacional. Esa intención se transmite con la palabra “manifiestamente” en la disposición legislativa. El objetivo es destacar que la excepción de orden público debe interpretarse y aplicarse de manera estricta y restringida e invocarse solamente en circunstancias excepcionales relacionadas con asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante. Esa interpretación estricta y restringida de la excepción debe hacerse siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento (liquidación o reorganización).

3. La determinación del orden público debe realizarse en relación con los efectos de la aplicación de la ley extranjera designada en virtud de estas disposiciones legislativas en cada caso concreto. Cabe esperar que la excepción se invoque cuando la norma extranjera pertinente, tal como se aplique a los hechos del caso, atente contra la seguridad o la soberanía del Estado o produzca un resultado que se aparte tan radicalmente de los conceptos de justicia fundamental del Estado promulgante que su aplicación resulte intolerablemente ofensiva para los valores básicos del Estado promulgante (p. ej., la aplicación de la ley del Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia para lograr objetivos políticos o la aplicación de la ley del Estado que legitime de manera efectiva planes ilegales (p. ej., eludir la ley aplicable u obligaciones de cumplimiento imperativo, como la responsabilidad en materia de medio ambiente y derechos humanos y otras responsabilidades sociales)).

F. Interpretación

8. En su 61º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que sería necesario incluir una disposición sobre la interpretación a menos que el texto definitivo adoptara la forma de suplemento de las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia en las que ya figuraba una disposición de esa índole⁵⁶. A la luz de esa cuestión pendiente, la secretaría consideró que sería prematuro redactar una disposición y su correspondiente comentario al respecto. Si se plantea la necesidad de incluir esa disposición, tanto esta como su correspondiente comentario pueden basarse en el artículo 8 de la LMIT y la LMSI y el artículo 7 de la LMIGE y sus comentarios correspondientes. Como se sugiere en el párrafo 62 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), podrían incluirse otros elementos en el futuro comentario para que reflejen el alcance específico del

⁵⁵ En el 61º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en respuesta a la sugerencia de eliminar la palabra “manifiestamente” de la disposición legislativa, se opinó predominantemente que debía mantenerse ([A/CN.9/1126](#), párr. 66).

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 55.

proyecto, en particular que la aplicación de las disposiciones legislativas puede dar lugar a la aplicación de una ley extranjera y, en consecuencia, a la determinación y la verificación de esa ley y a la intervención de culturas, ordenamientos y conceptos jurídicos extranjeros. En tales situaciones, podría darse una elevada tendencia a remitirse a los conceptos y normas nacionales. Tales tendencias deben evitarse para lograr una interpretación y aplicación uniformes de las disposiciones legislativas. Cuando no se resuelve expresamente en las disposiciones legislativas una cuestión relativa a una materia que se rige por ellas, es de esperar que se dirima de conformidad con los principios generales en que se basan las disposiciones legislativas. En caso necesario, podrían aplicarse normas jurídicas análogas para que surtieran los efectos que se prevé que tengan las disposiciones legislativas.

G. Ley aplicable por defecto en procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

9. Además de las cuestiones pendientes que se señalan en la disposición legislativa relativa a la *lex fori concursus* y su correspondiente comentario que figuran a continuación, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar lo siguiente:

a) Aplazó el examen de las cuestiones sobre la ley que rige el procedimiento y sus efectos que se plantean en el contexto de los procedimientos paralelos (procedimientos de insolvencia y procedimientos al margen de la insolvencia), incluidas las cuestiones pertinentes para el artículo 29 de la LMIT (p. ej., la remisión a la *lex fori concursus* del procedimiento extranjero principal, también respecto del alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento)⁵⁷;

b) La opinión mayoritaria en el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo fue que debía esperarse a conocer los resultados de la labor del UNIDROIT sobre bienes digitales y derecho privado antes de completar su examen de la ley que rige el tratamiento de los bienes digitales en los procedimientos de insolvencia⁵⁸. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en el momento en que se preparó el presente documento, el UNIDROIT no había completado su labor respecto de ese proyecto y había anunciado consultas públicas al respecto⁵⁹;

c) Se expusieron ante el Grupo de Trabajo diferentes opiniones con respecto a si debía haber una excepción a la *lex fori concursus* para los contratos relativos a bienes inmuebles⁶⁰;

d) También se señaló la necesidad de tratar las cuestiones específicas derivadas de la insolvencia de personas físicas⁶¹.

10. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo convino en que no sería necesaria ninguna excepción a la *lex fori concursus* respecto del tratamiento de los derechos de propiedad intelectual y las licencias en los procedimientos de insolvencia⁶².

⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 68 a 72.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 39.

⁵⁹ “Digital Assets and Private Law – Public Consultation” – UNIDROIT.

⁶⁰ A/CN.9/1126, párr. 49.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 72.

⁶² *Ibid.*, párr. 38.

1. Disposición legislativa propuesta

La *lex fori concursus* como la ley supletoria que rige todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos

Salvo que se disponga otra cosa en las presentes disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* regirá todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos, entre ellos los siguientes:

- a) la determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia;
- b) la definición del momento en que se puede abrir un procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite;
- c) la constitución y magnitud de la masa de la insolvencia;
- d) la protección y conservación de la masa de la insolvencia [, incluidos el alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento]⁶³;
- e) la utilización y enajenación de los bienes;
- f) la propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
- g) la anulación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes⁶⁴;
- h) el tratamiento de los contratos, incluidas las cláusulas de extinción y agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*)⁶⁵;
- i) el tratamiento de la compensación;
- j) [el tratamiento de los acreedores garantizados⁶⁶;]
- k) los derechos y obligaciones del deudor⁶⁷;
- l) las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia⁶⁸;
- m) las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

⁶³ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó algunas cuestiones relacionadas con este aspecto, incluido si debía consignarse por separado la paralización del procedimiento (*ibid.*, párrs. 68 a 72).

⁶⁴ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener el aspecto g) en la lista de la *lex fori concursus*, pero solicitó a la secretaría que redactara una versión alternativa (*ibid.*, párr. 43). Véase la versión alternativa en la parte correspondiente del comentario revisado.

⁶⁵ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que la *lex fori concursus* debía ser la ley que rigiera los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia en la validez y la eficacia de los acuerdos de arbitraje (*ibid.*, párr. 41). Este aspecto de la lista de la *lex fori concursus* se refiere a esta cuestión, lo cual se ha reflejado a lo largo del de comentario.

⁶⁶ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen del tratamiento de los acreedores garantizados (*ibid.*, párr. 48).

⁶⁷ A/CN.9/1094, párr. 80. En su 60^o período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento en caso de suscitarse un conflicto relativo a las facultades del deudor para representar la masa de la insolvencia en ese Estado.

⁶⁸ *Ibid.* En su 60^o período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento en caso de suscitarse un conflicto relativo a las facultades del representante de la insolvencia para representar la masa de la insolvencia en ese Estado.

- n) el tratamiento de los créditos⁶⁹;
- o) la clasificación de los créditos⁷⁰;
- p) las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;
- q) la distribución del producto;
- r) la clausura del procedimiento;
- s) la exoneración, y
- t) las acciones conexas (que se hayan planteado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o estén sustancialmente vinculadas a un procedimiento de insolvencia)⁷¹.

2. Comentario propuesto

Cuestiones generales

1. De conformidad con las presentes disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige todos los aspectos del procedimiento de insolvencia y sus efectos, salvo disposición expresa en contrario. La convergencia observada en las normas sustantivas en materia de insolvencia debería, por regla general, hacer menos problemática la aplicación de la *lex fori concursus* a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos⁷².

2. Las disposiciones legislativas determinan que la *lex fori concursus* sea aplicable en primer lugar a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia. Esos aspectos abarcan lo siguiente: a) las cuestiones de procedimiento (como las notificaciones, la convocación de reuniones, el establecimiento del *quorum*, la determinación de las normas de votación o la fijación de plazos para la presentación de los créditos)⁷³ y b) todos los derechos, obligaciones y deudas posteriores a la apertura, es decir, los que se derivan del procedimiento de insolvencia, como las acciones contra el representante de la insolvencia o en relación con la financiación posterior a la apertura, la venta de la masa de la insolvencia o la distribución del producto.

3. Las disposiciones legislativas determinan que la *lex fori concursus* sea aplicable también a los efectos que produce el procedimiento de insolvencia, lo que incluye los

⁶⁹ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que la *lex fori concursus* debía ser la ley que rigiera los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia en la ejecución de los laudos arbitrales (A/CN.9/1126, párr. 41). Este aspecto de la lista de la *lex fori concursus* se refiere a esta cuestión, lo cual se ha reflejado a lo largo del de comentario.

⁷⁰ A/CN.9/1094, párr. 82. En su 60^o período de sesiones, el Grupo de Trabajo, haciendo referencia al párrafo 84 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía*, aplazó el examen de si convendría elaborar normas destinadas a establecer la equivalencia entre los créditos locales y extranjeros a efectos del tratamiento que debían recibir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, de cómo debía hacerse. El Grupo de Trabajo consideró que los términos “crédito ordinario” y “equivalente” que figuraban en dicho comentario no eran claros y que era necesario precisar más su sentido.

⁷¹ En el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, la opinión predominante fue que se debía mantener el aspecto con modificaciones que armonizaran su formulación con la formulación utilizada en un contexto similar en la LMSI: “aspectos conexos (que se hayan planteado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o estén sustancialmente vinculados a un procedimiento de insolvencia)” (A/CN.9/1126, párr. 52).

⁷² A/CN.9/1088, párr. 86. Véase, sin embargo, A/CN.9/1126, párrs. 69 a 72: en el 61^{er} período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresó la opinión de que no sería apropiado imponer los efectos de la *lex fori concursus*, en particular en relación con la paralización del procedimiento, con carácter extraterritorial. El Grupo de Trabajo aplazó su examen de esas cuestiones.

⁷³ Algunas cuestiones que se consideran procesales en algunas jurisdicciones (p. ej., la compensación o el plazo de prescripción) pueden considerarse sustantivas en otras. Los órganos judiciales determinan estos aspectos de conformidad con la ley de sus respectivos Estados, es decir, la *lex fori concursus* en los procedimientos de insolvencia.

efectos sobre los derechos, las acciones y obligaciones que existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, aunque según la recomendación 4 de la *Guía* una garantía real que sea eficaz y exigible en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia será reconocida en un procedimiento de insolvencia como eficaz y exigible, la ejecución de una garantía real puede paralizarse de conformidad con la *lex fori concursus*, a menos y hasta que el tribunal otorgue una exención de los efectos de la paralización (recomendaciones 46 a 51 de la *Guía*). Además, de acuerdo con la recomendación 88 de la *Guía*, una garantía real que sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia puede quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones. Además de la paralización del procedimiento y de la anulación, el régimen de la insolvencia puede imponer la subordinación de los créditos (como los de las personas allegadas (recomendación 184 de la *Guía*)). También puede prohibir que se invoquen algunas cláusulas contractuales (p. ej., las cláusulas *ipso facto* (recomendación 70 de la *Guía*)) y otorgar cierta discrecionalidad a los representantes de la insolvencia en lo que respecta al tratamiento de los contratos, incluida la posibilidad de cederlos pese a las restricciones estipuladas en ellos (recomendación 83 de la *Guía*), y en lo que respecta a la utilización o disposición de los bienes, incluida la facultad de venderlos libres de gravámenes u otras cargas (recomendaciones 52 a 62 de la *Guía*).

a) Determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia

4. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige las cuestiones relativas a la admisibilidad y la competencia y puede contemplar regímenes y tratamientos especiales en materia de insolvencia que pueden ser aplicables en función del sector de la economía de que se trate, el tamaño de la empresa del deudor, el nivel de endeudamiento de este u otros criterios. También determina los factores de conexión que se tendrán en cuenta para establecer la competencia sobre el deudor y la apertura y la sustanciación del procedimiento de insolvencia.

b) Definición del momento en que se puede abrir un procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite

5. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina los criterios para decidir la apertura del procedimiento (ya sea el criterio del balance de la empresa, el de la corriente de efectivo, ambos o algo diferente o adicional). La *lex fori concursus* también establece lo siguiente: i) las circunstancias en las que puede abrirse un determinado tipo de procedimiento de insolvencia; ii) si solo el deudor, o también los acreedores y otras partes, pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, y iii) los actos procesales que debe realizar y demás requisitos que tiene que cumplir el solicitante para obtener la apertura (p. ej., en algunas jurisdicciones, solo un determinado número de acreedores, o acreedores cuyos créditos sean de determinado valor, pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia). La *lex fori concursus* también define los criterios para denegar la solicitud y desestimar el procedimiento, y establece las normas aplicables a la notificación de la solicitud y de la apertura (p. ej., el contenido de la notificación y la forma de practicarla).

c) Constitución y magnitud de la masa de la insolvencia

6. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina qué bienes del deudor deben incluirse en la masa de la insolvencia y en qué momento se constituye dicha masa. Además, rige el tratamiento de los bienes posteriores a la apertura (p. ej., bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los bienes recuperados mediante acciones de anulación u otras acciones).

7. Las normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia, incluidos el derecho de los bienes, las normas relativas a las obligaciones de derechos humanos, el régimen legal de las garantías reales, el derecho de familia, el derecho procesal civil y el derecho de la responsabilidad

civil extracontractual, pueden ser aplicables en relación con este aspecto, también respecto de la caracterización de un bien (como tangible o intangible, mueble o inmueble) y de los derechos sobre este (reales o contractuales) y respecto de la determinación del derecho de propiedad y otros derechos reales, así como el tratamiento de los bienes gravados, los bienes de propiedad de terceros, los bienes en copropiedad y los bienes extranjeros.

8. Este aspecto está estrechamente relacionado con [otro aspecto incluido en la lista de la *lex fori concursus*, a saber,] el tratamiento de los acreedores garantizados, ya que los bienes gravados pueden o no formar parte de la masa de la insolvencia. Además, este aspecto está estrechamente relacionado con las disposiciones sobre la primacía de las obligaciones internacionales, puesto que el tratamiento de algunos bienes en el procedimiento de insolvencia puede estar sujeto a un régimen especial vinculante para el Estado que haya adquirido la obligación internacional en cuestión. Ese régimen puede determinar si se ha de incluir un bien determinado en la masa de la insolvencia y, en caso afirmativo, en qué procedimiento de insolvencia debería administrarse en el caso de que haya procedimientos paralelos.

d) Protección y conservación de la masa de la insolvencia [, incluidos el alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento]

9. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige todas las cuestiones relacionadas con las medidas de protección y conservación de la masa de la insolvencia, incluidas las medidas provisionales y las medidas posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia (p. ej., la paralización del procedimiento, la sustitución total o parcial del deudor o el régimen del deudor en posesión). Esas cuestiones incluyen las condiciones para imponer dichas medidas, su duración y alcance, así como los motivos y procedimientos para solicitar y conceder la exención de los efectos de esas medidas y otras medidas de protección.

10. Pueden surgir dificultades para aplicar los efectos de la *lex fori concursus* sobre la protección y conservación de la masa de la insolvencia a través de fronteras, en particular en lo que respecta a las medidas provisionales y la paralización de las acciones de ejecución de los acreedores garantizados con respecto a los bienes gravados o la ejecución de los derechos reales. Esas dificultades podrían mitigarse en cierta medida mediante la incorporación al derecho interno de las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia que prevén el reconocimiento de procedimientos extranjeros y el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia. No obstante, el principio en que se basa, por ejemplo, la LMIT es que el reconocimiento de un procedimiento extranjero no implica hacer extensivos los efectos del procedimiento extranjero tal como están previstos en la ley del Estado extranjero (es decir, la *lex fori concursus*). Por el contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero implica atribuir a ese procedimiento las consecuencias previstas en la ley del Estado que otorgue el reconocimiento⁷⁴. Por ejemplo, el alcance, la duración, la modificación, la suspensión o la extinción de los efectos de la paralización y otras medidas en el Estado que otorgue el reconocimiento se determinan conforme a lo dispuesto en las leyes de ese Estado, y no de acuerdo con la *lex fori concursus*⁷⁵. Por lo tanto, puede haber diferencias en esos aspectos entre el Estado en que se abra el procedimiento de insolvencia y el Estado que otorgue el reconocimiento.

11. No obstante, de acuerdo con los textos de la CNUDMI en materia de insolvencia, se espera que los Estados cooperen y se coordinen en la mayor medida posible en los casos de insolvencia transfronteriza⁷⁶. Puede haber varios medios para lograr esa máxima cooperación y coordinación, entre otros la prestación de asistencia al procedimiento extranjero y al representante extranjero en el marco del régimen de la insolvencia y de leyes al margen del régimen de la insolvencia. Además, un principio básico de los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia es que deben otorgarse las

⁷⁴ GEI, párr. 194.

⁷⁵ GEI, párr. 38.

⁷⁶ Véanse, p. ej., el cap. IV de la LMIT y el cap. 2 de la LMIGE.

medidas que se consideren necesarias para el desarrollo ordenado y equitativo del procedimiento extranjero de insolvencia transfronteriza, ya sean medidas provisionales o posteriores al reconocimiento⁷⁷. Las medidas contempladas en los artículos 19 a 21 o la asistencia adicional prevista en el artículo 7 de la LMIT pueden comprender la remisión a la *lex fori concursus*, también respecto del alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento, si el derecho interno del Estado que otorgue el reconocimiento así lo dispone (véanse los arts. 20, párr. 2, y 21, párr. 1 g) de la LMIT). Esa posible remisión estaría sujeta a las protecciones habituales, como la excepción de orden público y la adecuada protección de los intereses de los acreedores y otras personas interesadas, incluido el deudor (arts. 6; 21, párr. 2, y 22 de la LMIT).

12. En consonancia con esos objetivos, las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia establecen salvaguardias para evitar que se interfiera con los efectos de la *lex fori concursus*. Por ejemplo, en el artículo 14 e) de la LMSI se prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia relacionada con un caso de insolvencia si acceder a ello interferiría con la administración del procedimiento de insolvencia del deudor, por ejemplo, por entrar en conflicto con una suspensión del procedimiento u otra resolución que pudiera ser reconocida o ejecutada en el Estado promulgante de la LMSI. Ese procedimiento podría ser el que guarda relación con la sentencia u otro procedimiento de insolvencia (es decir, un procedimiento paralelo) relativo al mismo deudor. Si bien el concepto de interferencia es algo amplio, en la disposición figuran ejemplos de lo que podrían constituir interferencias de ese tipo. Por ejemplo, la incompatibilidad con una paralización se plantearía normalmente cuando la paralización permitiese el inicio o la continuación de acciones individuales en la medida necesaria para preservar el crédito, pero no permitiese el reconocimiento y la ejecución posteriores de la sentencia que se dictase. También podría plantearse cuando la paralización no permitiese el inicio o la continuación de esas acciones individuales y el procedimiento que hubiese dado origen a la sentencia se hubiese iniciado después de dictarse la paralización (y pudiese, por lo tanto, entrar en conflicto con esta)⁷⁸.

13. En otros textos internacionales, como el Protocolo Aeronáutico⁷⁹, se contempla la remisión a la *lex fori concursus* del procedimiento extranjero principal.

e) Utilización y enajenación de los bienes

14. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) los efectos del procedimiento de insolvencia en el control que ejerce el deudor sobre la empresa, entre ellos la sustitución total o parcial del deudor o el régimen del deudor en posesión; ii) las condiciones y los límites a la utilización y enajenación de los bienes (p. ej., notificaciones a los acreedores, aprobaciones judiciales); iii) el tratamiento de la financiación anterior y posterior a la apertura del procedimiento, las operaciones no autorizadas y las operaciones con personas allegadas después de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como el ejercicio de acciones contra la contraparte en las operaciones no autorizadas, y iv) la definición de conceptos como “curso ordinario de los negocios”, “personas allegadas”, etc.

15. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables a la utilización y la enajenación de los bienes; así, por ejemplo, el derecho de familia puede ser aplicable a la utilización y enajenación de los bienes que el deudor (empresario individual) tenga en copropiedad con familiares; las leyes que prohíben o restringen la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía determinarán si se permite la enajenación de bienes a extranjeros y, si así fuera, en qué condiciones; el régimen legal de las garantías mobiliarias puede ser aplicable a la utilización y enajenación de los bienes gravados y a sus métodos de venta; y el derecho del medio ambiente u otras leyes pueden regular las condiciones que deben cumplirse para renunciar a determinados

⁷⁷ GEI, párr. 35.

⁷⁸ GE, párr. 107.

⁷⁹ Puede consultarse en: www.unidroit.org/instruments/security-interests/. Véase en particular el art. XXX, párr. 4.

bienes (p. ej., bienes peligrosos para el medio ambiente o que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas) y establecer quién podría tener derecho a reclamar los bienes a los que se haya renunciado.

16. Pueden surgir dificultades para hacer efectivos en el extranjero los efectos de la *lex fori concursus* sobre la utilización y enajenación de la masa de la insolvencia, por ejemplo, en lo relativo a los bienes inmuebles o a los pagos que realice el deudor en el curso ordinario de los negocios, ya que esto último no se entiende de manera uniforme en todas las jurisdicciones. Como se señaló anteriormente en el contexto de la protección y conservación de la masa de la insolvencia [, incluidos el alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento], se espera que los Estados cooperen y se coordinen en la mayor medida posible en los casos de insolvencia transfronteriza, en particular en lo que respecta a la administración y supervisión de los bienes y negocios del deudor.

f) Propuesta, aprobación, confirmación y ejecución de un plan de reorganización

17. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina la naturaleza y la forma del plan, el momento en que debe proponerse, quién está autorizado a preparar un plan, su contenido, su aprobación por los acreedores, el tratamiento que se ha de dar a los acreedores disconformes, si se exigirá o no la confirmación judicial del plan, los efectos del plan y su ejecución.

18. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables, por ejemplo, a los siguientes aspectos: i) la capitalización de la deuda; ii) los despidos, las modificaciones de los convenios colectivos y la participación de los empleados y los sindicatos en el procedimiento de insolvencia; iii) la inversión extranjera y el control del tipo de cambio de divisas, y iv) la protección de la información confidencial o sensible desde el punto de vista comercial⁸⁰.

g) Anulación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes

19. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) los tipos de operaciones que pueden ser anuladas y los tipos de operaciones no anulables; ii) los criterios de anulación, en particular los elementos que deben demostrarse y las excepciones oponibles⁸¹; iii) la duración del período de sospecha y la fecha a partir de la cual se aplica retroactivamente; iv) los tribunales competentes para conocer de las acciones de anulación en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia; v) quiénes pueden iniciar un procedimiento de anulación y las condiciones en que pueden hacerlo; vi) el origen de los fondos necesarios para costear las acciones de anulación, en particular la admisibilidad de la financiación por terceros y las condiciones y salvaguardias previstas para obtener dicha financiación; vii) los efectos de la anulación; viii) la responsabilidad de la otra parte en la operación anulable y los recursos legales en caso de incumplimiento, y ix) la admisibilidad de la anulación en caso de conversión del procedimiento y, de estar permitida, el alcance de la anulación y las operaciones que pueden anularse, así como las operaciones no anulables en esos casos.

20. Si bien las presentes disposiciones legislativas prevén una excepción a la *lex fori concursus* con respecto a los contratos de trabajo, reafirman que es la *lex fori concursus* la que rige la anulación de los contratos de trabajo o las relaciones laborales. Las

⁸⁰ El derecho general de los contratos y, por consiguiente, algunas normas excluidas del ámbito de aplicación de las presentes disposiciones legislativas pueden ser aplicables a la ejecución del plan de reorganización en aquellas jurisdicciones en las que se prevé la clausura del procedimiento de insolvencia tras la aprobación (o la confirmación, cuando esta es obligatoria) del plan.

⁸¹ Si bien no se menciona expresamente en la *Guía*, una de esas excepciones podría ser que la operación se rige por una ley distinta de la *lex fori concursus* y que esa otra ley no permite en el caso en cuestión que se impugne la operación por ningún medio. Algunos Estados pueden optar por desestimar esa excepción si la elección de esa otra ley es abusiva y perjudicial para los intereses de los acreedores y otras partes en el procedimiento de insolvencia.

disposiciones legislativas contemplan una excepción a la *lex fori concursus* respecto de la anulación únicamente para los pagos o las operaciones que tuvieron lugar en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado. En esos casos, la anulación se rige por la ley aplicable a ese sistema o mercado.

[El Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que redactara una opción alternativa tomando como punto de partida el artículo 16 del texto refundido del REI⁸². Se presenta a continuación una opción alternativa para que el Grupo de Trabajo la considere. El comentario se revisará para que refleje el resultado de las deliberaciones que sostenga al respecto el Grupo de Trabajo.

“La anulación se rige por la *lex fori concursus*, excepto cuando la otra parte en la operación objeto de la anulación demuestra que la ley de un Estado distinta de la *lex fori concursus* es aplicable a esa operación y que esa otra ley no permite anular la operación en el caso en cuestión.

Puede dejarse sin efecto la presente disposición si se demuestra que la ley de ese otro Estado no tiene ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación, que no existe fundamento razonable para aplicar esa ley a la operación y que la aplicación de esa ley a la operación en el caso en cuestión sería perjudicial para la masa de acreedores y otras partes interesadas en el procedimiento de insolvencia”.]

h) Tratamiento de los contratos, incluidas las cláusulas de extinción y agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*)

21. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) la clasificación de los contratos; ii) el tratamiento de los contratos respecto de los cuales ni el deudor ni su contraparte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas (en lo sucesivo denominados “contratos mantenidos”), en particular la facultad del representante de la insolvencia de decidir si continúa la ejecución, rechaza o cede esos contratos, el momento en que deberían adoptarse esas decisiones y el momento a partir del cual el rechazo surtirá efectos retroactivos; iii) si el régimen de la insolvencia dejará sin efecto las cláusulas de extinción y agilización automáticas (también conocidas como “cláusulas *ipso facto*”) o si se remitirá a las normas del derecho general de los contratos respecto de esa cuestión y, en caso de que el régimen de la insolvencia tenga prelación sobre ellas, la facultad del representante de la insolvencia de restablecer los contratos rescindidos justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia para evitar que se apliquen esas normas imperativas del régimen de la insolvencia; iv) las excepciones a las facultades del representante de la insolvencia previstas en los incisos ii) y iii) anteriores; v) el tratamiento de los contratos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, y vi) el tratamiento de los acuerdos de arbitraje.

22. En el Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables, por ejemplo, a la clasificación de los contratos, el cálculo de los daños y perjuicios y al tratamiento de los contratos públicos y los acuerdos de arbitraje. Por ejemplo, las cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional se rigen en la mayoría de los Estados por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)⁸³ (la “Convención de Nueva York”), que, entre otras cosas, exige a los órganos judiciales de los Estados partes que atribuyan pleno efecto a los acuerdos de arbitraje y denieguen a las partes el acceso a los órganos judiciales en contravención de su acuerdo de someter la controversia a un tribunal arbitral (art. II).

23. De conformidad con las disposiciones legislativas, algunos tipos de contratos (p. ej., en un sistema de pago y liquidación o en un mercado financiero) y algunos

⁸² A/CN.9/1126, párr. 43.

⁸³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739, pág. 3. También puede consultarse en: “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (‘Convención de Nueva York’)” | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

aspectos de los contratos de trabajo (p. ej., su rechazo o continuación) están comprendidos en una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de los contratos relativos a bienes inmuebles (art. 11, párr. 1, del texto refundido del REI). Tal vez sea necesario revisar el comentario para que refleje el resultado de las deliberaciones que sostenga al respecto el Grupo de Trabajo.]

i) Tratamiento de la compensación⁸⁴

24. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina si se permite la compensación en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, con respecto a qué obligaciones y en qué condiciones se permite, en particular lo siguiente: i) si se permite la compensación solo con respecto a las obligaciones monetarias anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia que hayan vencido antes o también las que hayan de vencer después de la apertura del procedimiento; ii) si las obligaciones que pueden compensarse deben haber nacido de un único contrato o pueden haber nacido de varios contratos (es decir, no tienen que ser necesariamente recíprocas o conexas), y iii) si la paralización se aplica al ejercicio de los derechos de compensación y, en caso afirmativo, el tratamiento que se da a los acreedores con créditos objeto de compensación (p. ej., se los equipara a acreedores garantizados), o si la paralización no se aplica y, en ese caso, si la compensación se efectúa automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. La *lex fori concursus* también rige el tratamiento de la compensación de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como la anulación de las compensaciones anteriores a la apertura del procedimiento y las operaciones conexas (p. ej., la adquisición de créditos a precios de descuento con la intención de acumular derechos de compensación).

25. Existen diferentes tipos de compensación (contractual, legal, fundada en la equidad, bancaria, etc.). El aspecto i) se refiere únicamente a la compensación aplicable de manera obligatoria en el marco de la insolvencia, con independencia de cualquier arreglo contractual celebrado entre las partes. El uso de la palabra “tratamiento” en ese aspecto pretende transmitir ese significado, así como que la *lex fori concursus* rige el tratamiento de la compensación en el procedimiento de insolvencia con independencia de la ley que rija la validez y la eficacia de los derechos de compensación y los créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia.

26. El aspecto está estrechamente relacionado con otros aspectos de la lista, como los siguientes: el aspecto d) relativo a la protección y conservación de la masa de la insolvencia [, incluidos el alcance, la duración, la modificación y la extinción de los efectos de la paralización del procedimiento]; el aspecto g) relativo a la anulación; el aspecto h) relativo al tratamiento de los contratos, y el aspecto n) relativo al tratamiento de los créditos. También guarda relación con una excepción a la *lex fori concursus* para la ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes y las acciones de anulación en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado. De acuerdo con esa excepción, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos de compensación y las obligaciones en esos sistemas y mercados se rigen por la ley aplicable a esos sistemas y mercados.

j) [Tratamiento de los acreedores garantizados]

[El Grupo de Trabajo aplazó su examen del aspecto⁸⁵.]

k) Derechos y obligaciones del deudor

27. Como ya se señaló, de acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina si se aplicará el régimen del deudor en posesión o se procederá a

⁸⁴ A/CN.9/1126, párr. 44.

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 45 a 48. Véanse los antecedentes en el examen de este aspecto en los períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo y las cuestiones suscitadas entonces en A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1, párrs. 39 a 42.

la sustitución total o parcial del deudor. También rige los derechos y las obligaciones del deudor, incluidos sus directores, según cada régimen y en un caso de insolvencia específico, así como las condiciones que deben cumplirse para pasar de un régimen a otro.

28. Este aspecto está vinculado a otros de la lista de la *lex fori concursus*, en particular el aspecto e), que se refiere a la utilización y enajenación de los bienes de la masa de la insolvencia, y en ese contexto también a la definición de “curso ordinario de los negocios” y al tratamiento de las operaciones no autorizadas.

29. Puede haber normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia que sean aplicables a este aspecto, en particular si el deudor es una persona física (en cuyo caso, es posible que en los instrumentos de derechos humanos se establezcan el alcance de las restricciones que pueden imponerse a la libertad de circulación del deudor, la divulgación de la correspondencia privada del deudor y otros aspectos relacionados con la protección de los datos personales). También puede haber una interacción estrecha del régimen de la insolvencia con el derecho procesal civil y penal, por ejemplo, en lo que respecta a los mandamientos de divulgación, interrogatorio, registro e incautación. En el contexto de la insolvencia transfronteriza, pueden resultar aplicables el Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de 15 de noviembre de 1965⁸⁶ y el Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial de 18 de marzo de 1970⁸⁷.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento en caso de suscitarse un conflicto relativo a la forma de tratar las facultades del deudor para representar la masa de la insolvencia en ese Estado.]

l) Obligaciones y funciones del representante de la insolvencia

30. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige los mecanismos de selección, nombramiento, destitución y sustitución del representante de la insolvencia, incluido un representante de la insolvencia nombrado a título provisional; el método de cálculo de la remuneración de los servicios prestados por el representante de la insolvencia; la función del tribunal y de los acreedores en cuanto a la supervisión de la labor realizada por el representante de la insolvencia, y la responsabilidad del representante de la insolvencia. Con respecto a esto último pueden ser aplicables normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, especialmente si el representante de la insolvencia está sujeto a determinadas normas y reglamentos profesionales (p. ej., contadores, abogados, etc.). Además de las obligaciones, funciones y facultades generales del representante de la insolvencia, la *lex fori concursus* determina las facultades que se atribuirá al representante de la insolvencia en cada caso concreto, que pueden abarcar la facultad de representar el procedimiento en el extranjero (LMIT, art. 5) o actuar en otro Estado en relación con una sentencia relacionada con un caso de insolvencia dictada en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia (LMSI, art. 5), cooperar y comunicarse directamente con los órganos judiciales y representantes extranjeros (LMIT, art. 26) y asumir compromisos respecto del tratamiento otorgado a los créditos de acreedores extranjeros (véanse los arts. 28 a 32 de la LMIGE).

31. La labor de los representantes de la insolvencia en el ejercicio de sus funciones en el extranjero está sujeta al derecho interno de los Estados extranjeros, incluidos los tratados internacionales y otros acuerdos en los que esos Estados puedan ser parte. En los Estados que hayan incorporado a su derecho interno las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia, el representante de la insolvencia puede beneficiarse de una comunicación ágil y directa con los órganos judiciales extranjeros sin tener que cumplir requisitos formales como permisos o trámites consulares ni someterse a sí mismo ni al

⁸⁶ Para conocer el estado actual del Convenio y las declaraciones y reservas formuladas a este, véase <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=17>.

⁸⁷ Para conocer el estado actual del Convenio y las declaraciones y reservas formuladas a este, véase <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=82>.

procedimiento extranjero a la jurisdicción del tribunal extranjero para efecto alguno que sea distinto de la solicitud (véanse los arts. 9 y 10 de la LMIT)⁸⁸. El representante de la insolvencia estaría legitimado para solicitar asistencia conforme a las leyes del Estado promulgante⁸⁹ y la apertura de un procedimiento de insolvencia si se cumplen las condiciones nacionales para la apertura de ese procedimiento (LMIT, art. 11)⁹⁰. A partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, el representante extranjero puede solicitar medidas provisionales (LMIT, art. 19). A partir del reconocimiento del procedimiento extranjero, podrá solicitar la prórroga de esas medidas o el otorgamiento de nuevas medidas y estaría legitimado también para presentar peticiones, solicitudes o escritos sobre cuestiones varias como la protección, venta o distribución de los bienes del deudor o la cooperación con el procedimiento extranjero (véase el art. 12 de la LMIT). También podrá solicitar que se le permita entablar acciones de conformidad con la ley del Estado que otorgó el reconocimiento para que se anulen o dejen sin efecto actos jurídicos perjudiciales para los acreedores (LMIT, art. 23) e intervenir en procedimientos iniciados por el deudor o en contra de este (LMIT, art. 24).

32. Esas disposiciones se limitan a prever la legitimación y no confieren al representante de la insolvencia facultades ni derechos especiales ni rigen el destino de las acciones que este decida entablar⁹¹. Esas cuestiones dependerían de la ley y los tribunales extranjeros (véanse, p. ej., los arts. 5 de la LMIT y la LMSI). Por ejemplo, si el representante de la insolvencia solicita una medida, será el tribunal del Estado que otorgue el reconocimiento el que decida qué medida otorgar, y el representante de la insolvencia deberá someterse a las condiciones que el tribunal pueda ordenar en relación con la medida otorgada y al derecho interno del Estado que otorgue el reconocimiento (véanse, p. ej., los arts. 19, 21 y 22 de la LMIT). Esas condiciones pueden imponer limitaciones a las facultades que el representante de la insolvencia tenga en virtud de la *lex fori concursus*. Las limitaciones que suelen imponerse están relacionadas con la utilización y enajenación de los bienes inmuebles del deudor que estén ubicados en el extranjero, la extracción de bienes de la jurisdicción extranjera y el empleo de medidas coercitivas (p. ej., para obtener pruebas o acceder a los libros o registros contables de la empresa del deudor). Es posible que en algunas jurisdicciones se considere que la *lex fori concursus* es la que confiere las facultades al representante extranjero y que la ley del Estado que otorga el reconocimiento es la que le confiere la potestad de ejercer o hacer respetar esas facultades en el plano local, aun cuando algunas de esas facultades sean una figura desconocida en el ordenamiento jurídico del Estado que otorga el reconocimiento, o dicho ordenamiento guarde silencio al respecto, siempre y cuando esas facultades no estén prohibidas por el derecho interno de ese Estado y se apliquen medidas adecuadas de protección de los acreedores y otras personas interesadas. En esas jurisdicciones se otorgan diferentes tipos de medidas al representante extranjero de la insolvencia, sin limitarlas a las que pueden otorgarse a un representante local de la insolvencia conforme a sus leyes. El derecho interno puede remitir de manera efectiva a la *lex fori concursus* respecto de las obligaciones y las funciones del representante de la insolvencia supeditadas a las salvaguardias habituales.

[El Grupo de Trabajo aplazó el examen de si prevalecería la *lex fori concursus* o la ley del Estado que otorgara el reconocimiento en caso de suscitarse un conflicto relativo a la forma de tratar las facultades del representante de la insolvencia para representar la masa de la insolvencia en ese Estado.]

m) Funciones de los acreedores y del comité de acreedores

33. La *lex fori concursus* rige los mecanismos y el grado de participación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia, en particular si deben convocarse juntas de acreedores o crearse un comité de acreedores y, en su caso, cuándo, así como la función de esos órganos en la supervisión de los procedimientos de insolvencia, los

⁸⁸ GEI, párrs. 108 a 111.

⁸⁹ Véanse el art. 7 de la LMIT y el art. 6 de la LMSI; la GEI, párr. 105, y la GE, párr. 70.

⁹⁰ GEI, párrs. 112 a 114.

⁹¹ GEI, párrs. 21 d), 115 a 117, 197 y 200 a 208; GE, párr. 69.

requisitos para participar en esos órganos, los asuntos para los que deberá obtenerse la aprobación de los acreedores, un umbral para la aprobación y los mecanismos para solicitar la aprobación y comprobar que la aprobación ha sido obtenida.

34. Este aspecto está estrechamente relacionado con los dos anteriores, que se refieren a los derechos y obligaciones del deudor y las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia⁹². También guarda relación con el siguiente aspecto (tratamiento de los créditos)⁹³.

n) Tratamiento de los créditos

35. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) qué acreedores deben tener la obligación de presentar sus créditos, los tipos de créditos que deben presentarse, los créditos excluidos y los créditos objeto de un tratamiento especial (p. ej., los créditos presentados por personas allegadas); ii) el procedimiento de presentación, verificación y admisión de los créditos, en particular el plazo en que deben presentarse y ante quién deben presentarse y los requisitos para la presentación de los créditos extranjeros⁹⁴; iii) las consecuencias de la no presentación de un crédito; iv) las normas de valoración de los créditos; v) el tratamiento de los créditos litigiosos; vi) los efectos de la presentación y admisión de los créditos; vii) la revisión de las decisiones relativas a los créditos (p. ej., su rechazo o tratamiento especial); viii) el tratamiento de los créditos posteriores a la apertura del procedimiento; ix) el tratamiento de los créditos tras la conversión del procedimiento; x) el devengo y el pago de intereses, y xi) las normas para contraer compromisos relativos al tratamiento de los créditos extranjeros, incluido si el representante de la insolvencia está autorizado a contraer esos compromisos con los acreedores extranjeros para evitar la apertura de procedimientos paralelos y, en tal caso, los requisitos formales, entre ellos la forma y el idioma en que deben contraerse los compromisos, los créditos respecto de los cuales se pueden contraer compromisos y el procedimiento que debe seguirse para solicitar la aprobación, la revisión y el cumplimiento de dichos compromisos⁹⁵ (de acuerdo con la LMIGE, en el caso de que se contrajera y aprobara un compromiso en tal sentido, los créditos afectados recibirían el mismo tratamiento que se les concedería en un procedimiento paralelo no abierto). Sin perjuicio de la excepción a la *lex fori concursus* prevista en estas disposiciones legislativas en relación con algunos aspectos de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales, la *lex fori concursus* determina la situación jurídica y el tratamiento de los créditos laborales, con sujeción a esos posibles compromisos.

36. Pueden ser aplicables distintas normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, como las del régimen legal de las garantías mobiliarias en lo que respecta al tratamiento de los créditos de los acreedores garantizados. Además, el derecho penal puede interactuar con el régimen de la insolvencia en lo relativo al tratamiento de los créditos falsos. Es posible que haya tratados internacionales, como el Convenio de La Haya sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros (5 de octubre de 1961), que sean aplicables a la presentación, verificación y admisión de créditos extranjeros. Puede haber normas especiales aplicables al tratamiento de los créditos públicos (extranjeros) y los créditos dimanantes de laudos

⁹² Véase la descripción de la función de los acreedores y los comités de acreedores, en particular en la supervisión del deudor en posesión y el representante de la insolvencia, p. ej., en las recomendaciones 126 a 136 de la *Guía* y sus correspondientes comentarios.

⁹³ Los acreedores pueden asumir determinadas funciones en los procedimientos de insolvencia (p. ej., participar en las juntas de acreedores) después de presentar sus créditos, mientras que el ejercicio de otras funciones de los acreedores (p. ej., aprobar un plan de reorganización) puede estar condicionado a la verificación y admisión de los créditos. Véanse, p. ej., las recomendaciones 169 a 184 de la *Guía* y los correspondientes comentarios.

⁹⁴ Véanse los arts. 13 y 14 de la LMIT y los correspondientes comentarios en los párrs. 118 a 126 de la GEI.

⁹⁵ Véanse, p. ej., los arts. 28 a 32 de la LMIGE y el art. 36 del texto refundido del REI.

arbitrales. En la mayoría de los Estados se aplicará la Convención de Nueva York al tratamiento de los laudos arbitrales extranjeros o no nacionales⁹⁶.

37. Este aspecto está relacionado con los aspectos relativos al tratamiento de los acreedores garantizados y la compensación, así como a la ejecución de un plan de reorganización⁹⁷.

o) Clasificación de los créditos

38. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina el orden en que deben pagarse los créditos con cargo a la masa, incluidos los créditos del representante de la insolvencia, los créditos surgidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los costos y gastos administrativos. Establece las categorías de acreedores que se verán afectadas por el procedimiento de insolvencia y el tratamiento que se dará a esas categorías de acreedores en lo que respecta a la prelación de sus créditos y la distribución del valor de la masa. En los casos en que está prevista la subordinación, la *lex fori concursus* rige las condiciones y los límites de la subordinación. En los casos en que se permite contraer compromisos relativos a la prelación de los créditos extranjeros para evitar la apertura de procedimientos paralelos⁹⁸, la *lex fori concursus* determina los requisitos formales, entre ellos la forma y el idioma en que deben contraerse los compromisos, los créditos respecto de los cuales se pueden contraer compromisos y el procedimiento que debe seguirse para solicitar la aprobación, la revisión y el cumplimiento de dichos compromisos. De acuerdo con la LMIGE, en el caso de que se contrajera y aprobara un compromiso en tal sentido, los créditos afectados recibirían el mismo tratamiento que se les concedería en un procedimiento paralelo no abierto, incluido con respecto a su prelación. Sin perjuicio de la excepción a la *lex fori concursus* prevista en estas disposiciones legislativas en relación con los contratos de trabajo y las relaciones laborales, la *lex fori concursus* determina el orden de prelación de los créditos laborales, con sujeción a esos posibles compromisos.

39. La prelación de los créditos en los procedimientos de insolvencia en general, y en cualquier procedimiento de insolvencia en particular, puede regirse por distintas normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, como las del derecho laboral, que pueden abarcar los tratados internacionales en el ámbito del trabajo para los Estados que sean parte en dichos tratados⁹⁹; el derecho tributario; el régimen legal de las garantías mobiliarias, y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Puede haber normas especiales que rijan el orden de prelación de los créditos públicos (extranjeros).

40. Pueden surgir dificultades para lograr el reconocimiento transfronterizo de los efectos de la *lex fori concursus* en el orden de prelación de los créditos, especialmente en el caso de los créditos públicos¹⁰⁰.

[Con referencia al párrafo 84 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la Guía, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de si sería conveniente elaborar normas destinadas a establecer la equivalencia entre los créditos locales y extranjeros a efectos del tratamiento que deben recibir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, cómo hacerlo. El Grupo de Trabajo consideró que los términos “crédito ordinario” y “equivalente” que figuraban en dicho comentario no eran claros y que era necesario precisar más su sentido.]

⁹⁶ Las palabras “no nacionales” comprenden los laudos que, si bien dictados en el Estado de ejecución, son tratados como “extranjeros” de acuerdo a su ley por la presencia de algunos elementos extranjeros en el proceso, p. ej., la aplicación de la ley procesal de otro Estado. Véase la Guía relativa a la Convención de Nueva York, que puede consultarse en <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration>.

⁹⁷ El plan suele prever el tratamiento de los créditos de los acreedores y puede determinar también la ley aplicable.

⁹⁸ Véanse, p. ej., los arts. 28 a 32 de la LMIGE y el art. 36 del texto refundido del REI.

⁹⁹ P. ej., el Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador, 1992 (núm. 173) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹⁰⁰ Véase el art. 13, párr. 2, de la LMIT y su comentario.

p) Costas y gastos relativos al procedimiento de insolvencia

41. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina los criterios relativos a la autorización de gastos administrativos, el cálculo de los gastos, la función del tribunal en cuanto a la aprobación de los gastos y la distribución de las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia, en particular los gastos que se pagarían con cargo a la masa de la insolvencia, que quizás tendrían que ser sufragados por los acreedores u otras partes interesadas y de los que el representante de la insolvencia podría ser personalmente responsable. La *lex fori concursus* también determina el tratamiento de los deudores cuyos bienes y fuentes de ingresos sean insuficientes para cubrir los gastos de administración del procedimiento de insolvencia, en particular si en esos casos se denegará la solicitud o se utilizarán otros mecanismos para sufragar los gastos de administración del procedimiento de insolvencia y, si así fuera, cuáles. También determina las reglas relativas a la financiación aportada por terceros.

42. Este aspecto guarda relación con los otros aspectos de la lista de la *lex fori concursus*, en particular el aspecto g) relativo a la anulación, el aspecto h) relativo al tratamiento de los contratos y el aspecto n) relativo al tratamiento de los créditos. Por ejemplo, las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia incluirían las costas y los gastos de participación del representante de la insolvencia en diversos procedimientos que afecten a la masa de la insolvencia, como procesos judiciales y arbitrales que versen sobre créditos litigiosos o procedimientos de anulación.

q) Distribución del producto

43. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* establece las normas aplicables a la distribución del producto, que pueden ser diferentes en el caso de una liquidación o una reorganización, y a las medidas que deberán adoptarse si se determina que no es posible hacer una distribución¹⁰¹.

44. Este aspecto está estrechamente relacionado con los otros aspectos de la lista de la *lex fori concursus*, en particular el aspecto n) relativo al tratamiento de los créditos y el aspecto o) relativo a la clasificación de los créditos. Si de acuerdo con la *lex fori concursus* está permitido contraer compromisos respecto del tratamiento de los créditos extranjeros a fin de evitar la apertura de procedimientos paralelos¹⁰², los créditos afectados recibirían el mismo tratamiento que se les concedería en un procedimiento paralelo no abierto, incluido con respecto a la distribución del producto.

r) Clausura del procedimiento

45. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* es la que determina la forma de concluir y clausurar un procedimiento, los requisitos exigidos para la clausura, los trámites que deben realizarse y si la conversión constituye la clausura oficial del procedimiento que se convierte. La *lex fori concursus* establece cuál es la parte que puede solicitar la clausura del procedimiento, si la solicitud de clausura y la decisión de clausurar deben ser publicadas y si los acreedores pueden ser oídos respecto de la solicitud.

s) Exoneración

46. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) las condiciones generales aplicables a la exoneración, incluidas las deudas que no sean susceptibles de exención; ii) los trámites y las condiciones que deben cumplirse para la exoneración, que pueden ser diferentes en función del procedimiento (liquidación, reorganización, ordinario o simplificado); iii) la fecha a partir de la cual

¹⁰¹ El derecho general de los contratos y, por consiguiente, algunas normas excluidas del ámbito de aplicación de las presentes disposiciones legislativas serían aplicables a la distribución del producto en el procedimiento de reorganización si el procedimiento se clausurara después de la aprobación (o la confirmación, cuando esta fuera obligatoria) del plan de reorganización y si el producto se distribuyera de conformidad con las reglas de distribución establecidas en el plan de reorganización.

¹⁰² Véanse, p. ej., los arts. 28 a 32 de la LMIGE y el art. 36 del texto refundido del REI.

surtirá efecto la exoneración¹⁰³, y iv) los criterios para denegar la exoneración o revocar la exoneración otorgada.

47. [Pueden surgir dificultades para lograr el reconocimiento y la aplicación transfronterizos de los efectos de la *lex fori concursus* en la exoneración de las deudas regidas por otras leyes¹⁰⁴.]

t) Acciones conexas (que se hayan planteado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o estén sustancialmente vinculadas a un procedimiento de insolvencia)¹⁰⁵

48. El aspecto t) es una disposición general que pretende abarcar las acciones que no están nombradas específicamente en la lista de la *lex fori concursus* y que, no obstante, se plantean como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o están sustancialmente vinculadas a un procedimiento de insolvencia. Cabe citar los siguientes ejemplos: i) medidas relacionadas con la insolvencia que den lugar a un tratamiento especial de los créditos de las personas allegadas o de los créditos contra estas y ii) las acciones entabladas al amparo del régimen de la insolvencia para atribuir responsabilidad a los directores por haber cometido actos que causaron la situación de insolvencia o contribuyeron a ella¹⁰⁶.

49. En relación con las acciones contra los directores, en comparación con los efectos del procedimiento de insolvencia sobre las obligaciones y responsabilidades de los directores durante el procedimiento de insolvencia que se enumeran en el aspecto k), que se rigen siempre por la *lex fori concursus*, las disposiciones legislativas no contemplan que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre todas las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia deban regirse por la *lex fori concursus*. En la mayoría de los casos, la ley aplicable a las relaciones de derecho societario del deudor (*lex societatis*¹⁰⁷) seguirá aplicándose a esas relaciones a pesar de la apertura del procedimiento de insolvencia. El aspecto t) pretende recoger motivos muy determinados que pueden entrañar la responsabilidad de los directores y acciones judiciales contra los directores en el momento de abrirse el procedimiento de insolvencia con arreglo al régimen de la insolvencia. Entre esos motivos contemplados en muchas jurisdicciones se encuentran la gestión indebida del comercio y el incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia. Al margen de esos pocos casos estrechamente vinculados con el régimen de la insolvencia y el procedimiento de insolvencia, será inapropiado someter las obligaciones y la responsabilidad de los directores en el período cercano a la insolvencia al efecto retroactivo de la *lex fori concursus*.

50. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones a los directores se les puede atribuir responsabilidad penal por no solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia dentro del plazo fijado en la ley una vez que se han producido determinados acontecimientos. En otras jurisdicciones, no se aplica ese requisito, sino que se puede alentar a los directores a entablar negociaciones extrajudiciales de reestructuración de la deuda. La interpretación limitada del aspecto t) en su aplicación a los directores garantiza que los directores del segundo grupo estén protegidos frente a responsabilidades y obligaciones imprevistas cuyo cumplimiento se impondría a los directores del primer grupo. El riesgo de exposición a esas responsabilidades y

¹⁰³ La referencia a “sus efectos” que figura en el encabezamiento de la disposición legislativa pretende abarcar ambas situaciones, cuando se otorga la exoneración durante el procedimiento de insolvencia y una vez clausurado (A/CN.9/1126, párr. 74).

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 52.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 50 y 73.

¹⁰⁷ No existe una interpretación uniforme del concepto de la *lex societatis*. En algunas jurisdicciones se adopta el criterio de la “constitución” mientras que en otras se aplica el criterio de la “sede real”, teniendo presente que este último tampoco es uniforme. De acuerdo con el criterio de la “constitución”, la ley de la jurisdicción en la que se forma o constituye la empresa se aplica a todos los aspectos de la gobernanza de esa empresa; de acuerdo con el criterio de la “sede real”, la ley del país en el que la empresa tiene su sede “real” (es decir, su centro de gestión y control) rige esos asuntos.

obligaciones imprevistas puede variar en función de si el procedimiento de insolvencia se abre en la ubicación de alguno de los siguientes elementos: i) un CPI que coincida con el lugar de inscripción o constitución del deudor o con su “sede real”; ii) un CPI que no sea el lugar de inscripción o constitución del deudor ni su “sede real”, iii) el establecimiento del deudor o iv) los bienes del deudor. Los riesgos son mayores en los casos en que el procedimiento de insolvencia se abre a iniciativa de los acreedores en una jurisdicción que no es el CPI. En otros casos, la determinación que se realice respecto de la *lex societatis* puede ser similar a la determinación del CPI de modo que lo más probable es que la *lex societatis* sea la misma que la *lex fori concursus*.

51. Además, si la *lex fori concursus* sigue la interpretación en sentido amplio del término “directores”, como se recomienda por ejemplo en la cuarta parte de la *Guía*¹⁰⁸, pueden resultar de aplicación distintas consideraciones de orden público, vías de acción disponibles y mecanismos de exigencia de cumplimiento, en particular la inhabilitación, en función de las personas que ejerzan el control de hecho del negocio del deudor en el período cercano a la insolvencia. Algunos directores (p. ej., prestamistas institucionales) pueden estar eximidos de la aplicación de la *lex fori concursus* extranjera.

H. Excepciones a la *lex fori concursus*

1. Contratos de trabajo y relaciones laborales

11. El Grupo de Trabajo convino en reformular la disposición legislativa a fin de que tuviera la redacción que figura a continuación. Se revisó el comentario para que reflejara esos cambios¹⁰⁹.

a) Disposición legislativa propuesta

Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regirán por la ley aplicable al contrato o a la relación de que se trate¹¹⁰.

b) Comentario propuesto

1. De conformidad con esta disposición legislativa, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regirán por la ley aplicable a dichos contratos de trabajo y relaciones laborales. La referencia a esa ley tiene por objeto abarcar el derecho laboral, el régimen de la insolvencia y cualquier otro régimen legal que pueda ser pertinente para los contratos de trabajo o las relaciones laborales.

2. El tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales no quedan amparados por la excepción prevista en esta disposición. La *lex fori concursus* (si difiere de la ley aplicable al contrato de trabajo o a la relación laboral, en adelante denominada “*lex fori concursus* extranjera”) sigue siendo aplicable a esos contratos o relaciones. Lo mismo se aplica a la clasificación de un contrato o relación laboral como contrato de trabajo o relación laboral y a la anulación de los contratos de trabajo o de una parte cualquiera de ellos (p. ej., cuando el conjunto de la remuneración no sea razonable como consecuencia de la modificación de los contratos de trabajo o las relaciones laborales entre el deudor y los directores generales u otros administradores en el período cercano

¹⁰⁸ Esa interpretación abarca cualquier persona que ejerza el control de hecho sobre el deudor (p. ej., directores *de facto*, directores virtuales u ocultos, accionistas, prestamistas, etc.) (recomendación 258 y su correspondiente comentario).

¹⁰⁹ A/CN.9/1126, párrs. 75 a 79.

¹¹⁰ En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en esta formulación (*ibid.*, párr. 79).

a la insolvencia). Sin embargo, en los casos en que la *lex fori concursus* autoriza que se contraigan compromisos con respecto a los créditos laborales extranjeros a fin de evitar la apertura de procesos paralelos (véase más arriba el comentario de los aspectos n), o) y q) de la lista de la *lex fori concursus*), los créditos laborales afectados podrían recibir el mismo tratamiento que se les concedería en un procedimiento paralelo no abierto.

3. El fundamento de la excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* prevista en la disposición legislativa es que los contratos de trabajo y las relaciones laborales plantean muchas consideraciones de política socioeconómica. Por ese motivo, los Estados suelen elaborar un régimen especial para el tratamiento de las cuestiones derivadas de los contratos de trabajo y las relaciones laborales en el contexto de la insolvencia. En algunos regímenes de la insolvencia, el mantenimiento de la continuidad del empleo, por ejemplo, tiene prioridad sobre otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como la obtención del máximo valor posible de los bienes de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esto puede quedar de manifiesto cuando se pone el énfasis en la venta de la empresa como negocio en marcha, con la transmisión de las obligaciones laborales existentes, en lugar de promover la liquidación o la reorganización, en las que dichas obligaciones pueden modificarse o extinguirse. Las normas jurídicas imperativas, incluidas las consagradas en tratados internacionales¹¹¹, pueden hacer lo siguiente: proteger a los trabajadores contra el despido injustificado y la discriminación, proporcionar a los trabajadores una red de seguridad financiera, establecer restricciones al rechazo o la modificación de los contratos de trabajo¹¹² y a las condiciones en que pueden realizarse despidos (incluida la notificación previa a los organismos públicos competentes) y garantizar el derecho de los trabajadores a ser debidamente informados de todos los asuntos relacionados con el procedimiento de insolvencia que afecten a su situación laboral y sus derechos. En el caso de la liquidación y la reorganización, pueden ser aplicables otros regímenes diferentes. Por ejemplo, en algunos Estados, los empleados siguen a la empresa cuando esta se vende como negocio en marcha, tanto en el caso de la liquidación como en la de la reorganización, mientras que en otros Estados eso solo sucede en el caso de la reorganización.

4. La disposición legislativa tiene por objeto reducir el riesgo de incertidumbres o incoherencias en lo que respecta al tratamiento de los contratos de trabajo y las relaciones laborales en los procedimientos de insolvencia. Ese riesgo aumenta si los efectos del procedimiento de insolvencia en esas cuestiones se rigen por la *lex fori concursus* extranjera. Se justifica proporcionar más certeza y coherencia a las expectativas de los trabajadores porque estos suelen estar en una posición relativamente más débil que sus empleadores a la hora de negociar, especialmente cuando no existen convenios colectivos. Además, es posible que los trabajadores no estén familiarizados con los procedimientos de insolvencia y las medidas de protección que se les otorga cuando sus empleadores tienen dificultades financieras, que no estén informados de lo que sucede y que desconozcan los planes relacionados con su situación laboral. Los procedimientos de insolvencia se pueden utilizar para menoscabar las medidas de protección a que tienen derecho, por ejemplo, cuando la empresa va a ser vendida como negocio en marcha y la eliminación de contratos de trabajo gravosos puede aumentar el precio de venta, o cuando el deudor utiliza una solicitud de insolvencia como medio de que se le exima del cumplimiento de obligaciones gravosas que emanan de contratos de trabajo o relaciones laborales.

5. Sin embargo, es posible que el criterio adoptado en la disposición legislativa elimine la flexibilidad que puede ser deseable y necesaria para mantener a la empresa en funcionamiento, proteger el empleo y garantizar el pago de los sueldos, en particular en la reorganización. Ese criterio también puede contribuir a la eficiencia en la sustanciación y administración de los procedimientos de insolvencia cuando el deudor tenga trabajadores a los que se apliquen reglas diferentes en lo que respecta al tratamiento de los contratos de trabajo o las relaciones laborales. La necesidad de

¹¹¹ Véase, p. ej., el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 158) de la OIT.

¹¹² Véase la recomendación 71 de la *Guía* y el correspondiente comentario.

evaluar esas reglas diferentes surgiría, por ejemplo, si el deudor tuviera trabajadores en distintas jurisdicciones en las que la legislación laboral local fuera aplicable obligatoriamente a los contratos de trabajo o las relaciones laborales. Esa necesidad también puede surgir cuando existe libertad de elección de la ley aplicable a los contratos de trabajo y las relaciones laborales. Dicha libertad suele ir acompañada de salvaguardias para proteger a los trabajadores de las consecuencias adversas de su propia aceptación, posiblemente por coacción o falta de información, de las cláusulas de elección de la ley aplicable. Esas salvaguardias pueden variar de una jurisdicción a otra (p. ej., en lo que respecta a las cláusulas de no competencia). Una de esas salvaguardias suele ser que la elección de la ley aplicable no puede tener como resultado privar a los trabajadores de la protección que les otorgan las disposiciones cuya aplicación no puede ser excluida de común acuerdo de conformidad con la ley que, a falta de esa elección, habría sido aplicable (y que para muchos Estados abarcaría las disposiciones de los tratados internacionales en el ámbito del trabajo que fueran vinculantes para ellos, así como las garantías constitucionales) o tendría una relación más estrecha con el contrato de trabajo o la relación laboral.

6. Sin embargo, si no se estableciera esa excepción, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el tratamiento de los contratos de trabajo y las relaciones laborales podrían acabar rigiéndose por la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, que podría cumplir únicamente una función de coordinación, con una conexión nula o muy lejana con un contrato de trabajo o relación laboral determinados. En ese caso sería necesario conciliar la protección otorgada a los trabajadores por la *lex fori concursus* extranjera, la ley elegida —si correspondiera— y la ley que habría sido aplicable obligatoriamente en cualquier caso. Otra solución podría consistir en prever una combinación o jerarquía de las leyes aplicables, pero, si bien esa solución mantendría la flexibilidad, también podría impedir la sustanciación y administración eficientes de los procedimientos de insolvencia, ya que los tribunales tendrían que comparar las consecuencias de la aplicación de distintos regímenes laborales.

7. La excepción de orden público permitiría al tribunal desplazar la aplicación de una ley extranjera que fuera manifiestamente contraria al orden público de su Estado (p. ej., una ley que legitimara efectivamente una forma moderna de esclavitud, etc.).

2. Sistemas de pago o liquidación y mercados financieros regulados

12. En su 61^{er} período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en agregar la palabra “regulado” después de las palabras “mercado financiero” y en suprimir la palabra “exclusivamente” en la disposición legislativa que figuraba en el párrafo 58 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#)¹¹³. La disposición legislativa propuesta refleja ese acuerdo.

13. En ese mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que reflejara en el correspondiente comentario lo siguiente: a) el contenido del párrafo 50 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.179](#) en que se explicaba el alcance que se pretendía dar a la excepción, b) las posibles excepciones a esa excepción y c) los aspectos relativos a los bienes digitales¹¹⁴. El comentario se preparó en consecuencia y se ampliará a su debido momento. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la disposición legislativa en sí debería limitar más el alcance de la excepción en vista de la amplia variedad de sistemas autónomos y automatizados existentes en el mundo digital que se utilizan para efectuar pagos y liquidaciones en línea a los cuales tal vez no se pretenda aplicar la excepción.

¹¹³ [A/CN.9/1126](#), párr. 53.

¹¹⁴ *Ibid.*

a) Disposición legislativa propuesta

Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes y acciones de anulación en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado se regirán por la ley aplicable a ese sistema o mercado. Dicha ley regirá también las acciones de anulación que puedan entablarse con respecto a los pagos u operaciones que se hayan realizado en ese sistema o mercado.

b) Comentario propuesto

1. De conformidad con esta disposición legislativa, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes y sobre las acciones de anulación en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado se regirán por la ley aplicable a ese sistema o mercado.

2. Los sistemas y mercados que se pretende abarcar con la excepción son sistemas y mercados multilaterales estrechamente integrados en los que, si alguno de los participantes resulta insolvente, puede producirse un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo que podría poner en dificultades financieras a otros participantes en el sistema o en el mercado y, en el peor de los casos, conducir al colapso financiero de otras partes, e incluso de instituciones financieras reguladas¹¹⁵. A menudo se hace referencia a este efecto dominó con el nombre de “riesgo sistémico”¹¹⁶.

3. La inclusión de la palabra “regulado” en la disposición legislativa indica que la excepción se aplica, además de a los sistemas de pago y liquidación, solamente a los mercados financieros regulados, es decir, aquellos que estarían bajo la supervisión o el control de los organismos reguladores del Estado cuya legislación rige el funcionamiento del mercado. La función principal de esos organismos reguladores es proteger el interés público. El hecho de que esos mercados estén regulados facilita su identificación y la identificación de los participantes en esos mercados en caso de insolvencia porque los mercados regulados suelen tener la obligación de inscribirse e identificar a sus participantes. Esos requisitos de inscripción e identificación pueden facilitar que se limiten los casos a los cuales se debería aplicar la excepción en lo que a los mercados se refiere.

4. Se mencionan los “sistemas de pago y liquidación” y los “mercados financieros regulados” por separado aunque aquellos forman parte de los mercados financieros y representan un componente importante de su infraestructura; además, los “sistemas de pago y liquidación” también pueden funcionar de forma autónoma, al margen de cualquier mercado financiero. A diferencia de los mercados financieros, los sistemas de pago y liquidación no se califican con la palabra “regulados” en la disposición legislativa. El motivo es que, a diferencia de los mercados financieros, rara vez están regulados. Sin embargo, se incluyen en la excepción porque, si bien no están regulados, muchos se consideran de importancia sistémica. La interrupción de un sistema puede tener consecuencias imprevisibles, entre ellas la interrupción de la cadena de tal magnitud que hiciera necesario que las autoridades reguladoras intervinieran en sistemas por lo demás no regulados a fin de proteger el interés público.

5. Los sistemas y mercados comprendidos por la excepción no pueden tolerar los riesgos de búsqueda de foros de conveniencia y de imprevisibilidad en cuanto a la ley que rige el procedimiento y sus efectos que pueden surgir si se les somete a una ley que no sea la ley aplicable al mercado o sistema. Esos riesgos estarán presentes si los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los sistemas y mercados se rigen por la *lex fori*

¹¹⁵ A/CN.9/1094, párr. 87.

¹¹⁶ A/CN.9/WG.V/WP.179, párr. 50, que remite al comentario de las recomendaciones 101 a 107 de la Guía (véase, en particular, el párr. 213 de ese comentario).

concursum: es posible que se abran procedimientos de insolvencia en varias jurisdicciones con respecto a un único participante en el sistema o mercado, aunque por lo general son numerosos los participantes en cada uno de los sistemas o mercados. Solo la aplicación de una única ley a todas las operaciones de los sistemas de pago y liquidación y de los mercados financieros regulados puede garantizar la seguridad jurídica necesaria para que los sistemas y mercados comprendidos en la excepción funcionen sin dificultades y de manera correcta.

6. Los sectores a los que se aplica esta excepción funcionan con arreglo a normas, directrices y acuerdos uniformes que refuerzan la aplicación de la ley del sistema o del mercado a todos los aspectos relacionados con dicho sistema o mercado, incluidos los efectos del procedimiento de insolvencia. La inobservancia de esas normas puede tener consecuencias negativas no solo para los sistemas o mercados que no las cumplan, sino también para el clima general de inversión en las jurisdicciones donde funcionan esos sistemas o mercados.

7. La excepción que contiene la disposición legislativa se aplica a los sistemas y mercados digitales en la medida en que cumplan los requisitos establecidos anteriormente. La excepción no se aplica a [*se desarrollará de modo que refleje los resultados que arrojen las futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo al respecto (véase el párr. 13 supra que precede a la disposición legislativa propuesta).*]

3. Procesos arbitrales en curso o pendientes

14. En su 61^{er} período de sesiones, la opinión predominante fue que se debía disponer que fuera la *lex arbitri* la que rigiera los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procesos arbitrales en curso o pendientes. Por consiguiente, la disposición legislativa podría tener el siguiente tenor:

Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procesos arbitrales en curso o pendientes

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procesos arbitrales en curso o pendientes se registrarán por la *lex arbitri*.

15. Tras constatar que, en ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó únicamente los aspectos relativos al arbitraje del artículo 18 del texto refundido del REI a partir del cual se originó la norma anterior, algunas delegaciones esperaban que el Grupo de Trabajo también se ocupara en su siguiente período de sesiones de los aspectos relativos a los procesos judiciales del artículo 18¹¹⁷. Dado que se prevé que el Grupo de Trabajo examine integralmente esas cuestiones interrelacionadas, la secretaría consideró que sería prematuro redactar un comentario de la disposición legislativa propuesta.

¹¹⁷ A/CN.9/1126, párr. 81